

Aansprakelijkheid en verzekering voor nieuwe risico's

Citation for published version (APA):

Faure, M. G., & Hartlief, T. (2003). Aansprakelijkheid en verzekering voor nieuwe risico's. In M. G. Faure, & J. Neethling (Eds.), *Aansprakelijkheid, risico en onderneming: Europese en Zuid-Afrikaanse perspectieven* (pp. 39-69). Intersentia. Ius Commune Europaeum No. 44

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING VOOR NIEUWE RISICO'S

1. Inleiding

Centraal in deze bijdrage staat de vraag naar de mogelijkheden van verzekering en de beschikbaarheid van verzekeringsdekking op vier specifieke terreinen van nieuwe gezondheidsrisico's. Specifieke aandacht wordt besteed aan de vraag onder welke voorwaarden de verzekerbaarheid van dergelijke nieuwe gezondheidsrisico's kan worden vergroot en of alternatieve maatschappelijke arrangementen denkbaar zijn voor verzekering. Het centrale thema van deze bijdrage is derhalve de vraag hoe aansprakelijkheid en verzekering op nieuwe risico's dienen te reageren. Nederland is de laatste jaren geconfronteerd met steeds meer nieuwe gevaren (zoals rampen, watersnood, grote regenval en aardbevingen) maar ook nieuwe gezondheidsrisico's (denk maar aan legionella, BSE en RSI of de – al langer bekende – arbeidsgerelateerde risico's (tot de verbeelding spreekt uiteraard de asbestproblematiek)). Daar komen nog bij de nieuwe risico's die door terroristische acties kunnen worden veroorzaakt en die sinds 11 september 2001 uiteraard hoog op de agenda staan. In Nederland is al langere tijd aandacht besteed aan de wijze waarop aansprakelijkheid en verzekering op deze nieuwe risico's dienen te reageren. De problematiek is uiteraard niet alleen voor Nederland van belang, maar kan ongetwijfeld ook in de Zuid-Afrikaanse context een rol spelen, zoals in de bijdrage van Johann Neethling aan dit boek wordt duidelijk gemaakt.¹ Bedoeling van deze bijdrage is om duidelijk te maken op welke wijze het Nederlandse debat over de wijze waarop aansprakelijkheid en verzekering omgaan met de uitdagingen van nieuwe risico's mogelijk ook een rol kunnen spelen in een bredere en vooral ook Zuid-Afrikaanse context.

Deze bijdrage vormt het verslag van een studie die wij hebben uitgevoerd naar de vragen van aansprakelijkheid en verzekering met betrekking tot nieuwe gezondheidsrisico's voor de (Nederlandse) Raad voor de Volksgezondheid en Zorg

¹ Zie J. Neethling, 'Aanspreeklikheid vir "Nuwe" risiko's: moontlikhede en beperkinge van die Suid-Afrikaanse deliktereg', opgenomen in dit boek.

(RVZ).² Gelet op de beperkingen van dit juridisch onderzoek werd daarin alleen onderzocht in hoeverre het recht een adequate reactie kan bieden op nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij was vooral het doel vanuit een *ex post* perspectief naar de mogelijkheden van compensatie te kijken voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's; toch werd ook aan de eveneens belangrijke, wellicht nog belangrijker, vraag naar de preventie van gezondheidsrisico's aandacht besteed. Wat beide aspecten betreft (preventie en compensatie) werd vooral onderzocht in hoeverre aansprakelijkheid en verzekering als adequate instrumenten kunnen worden beschouwd om op nieuwe gezondheidsrisico's te reageren. Bovendien werden ook enkele alternatieven bekeken (vooral fondsen, sociale zekerheid en directe verzekering).

Binnen die beperkingen werden nog nadere grenzen gesteld. Zo kon uiteraard niet op alle terreinen in detail worden onderzocht welke mogelijke schade vanuit de nieuwe gezondheidsrisico's zou kunnen ontstaan. De verscheidene activiteiten die aan de basis kunnen liggen van nieuwe gezondheidsrisico's zijn immers te divers om daarop een allesomvattend antwoord te kunnen geven. Binnen het bestek van het aansprakelijkheidsrecht werd vooral aandacht besteed aan de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht en werd bekeken welke problemen kunnen rijzen bij de toepassing van die uitgangspunten op specifieke nieuwe gezondheidsrisico's. Denkbaar ware geweest om bijvoorbeeld ook aan andere aspecten aandacht te besteden, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheden van overheidsaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld in het kader van schade veroorzaakt door rampen zoals watersnood is wel onderzocht in hoeverre (een deel van) dergelijke risico's door overheids-optreden worden veroorzaakt. Meer dan globaal hebben wij hieraan geen aandacht kunnen besteden. Een meer gerichte bespreking zou een specifieke afzonderlijke studie vergen. Zij zou echter de compensatievraag en de verzekerbaarheid niet wezenlijk beïnvloeden.

In deze bijdrage wordt gepoogd vanuit beleidsperspectief in te gaan op de vraag of ook van de overheid enige actie dient te worden verwacht wat betreft die nieuwe gezondheidsrisico's. Het is uiteraard interessant om vanuit wetenschappelijk perspectief vrijblijvend te onderzoeken in hoeverre bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe gezondheidsrisico's kan worden toegepast. De beleidsmaker zal echter willen weten in hoeverre ook actie nodig is om, bij een vastgesteld tekort in het aansprakelijkheidsrecht (in de zin dat het niet op alle nieuwe gezondheidsrisico's kan worden toegepast) ook vanuit beleidsmatig optiek dient te worden ingegrepen. Tegelijk kan ook de vraag worden gesteld of vanuit de overheid ingrijpen aangewezen is bijvoorbeeld om de verzekerbaarheid van bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's actief te stimuleren.

² De resultaten werden als RVZ-rapport gepresenteerd: M. Faure & T. Hartlief, *Verzekerbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's*. Achtergrondstudie geschreven in opdracht van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg bij het RVZ-advies Gezondheidsrisico's voorzien, voorkomen en verzekeren, Zoetermeer 2001. Het rapport werd tevens verwerkt tot een commerciële publicatie: M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Recht en Praktijk, Deventer, Kluwer 2002.

2. Uitgangspunten

Het is van belang, welk juridisch instrument men ook gebruikt als reactie op mogelijke schade die door nieuwe risico's kan ontstaan, enkele algemene uitgangspunten te respecteren:

- In de eerste plaats dient te worden onderzocht hoe een optimale preventie en compensatie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's kan worden gerealiseerd. Die twee aspecten (preventie en compensatie) kunnen immers nooit los van elkaar worden beschouwd. Preventie komt noodzakelijk voor de compensatie en dient op beleidsmatig vlak dan ook prioriteit te krijgen. Pas wanneer preventie heeft gefaald, rijst de compensatievraag. Bij het uitwerken van een compensatiesysteem dient vervolgens steeds de vraag te worden gesteld naar de mogelijke invloed van een dergelijk compensatiesysteem op de preventie. Het mag immers nooit zo zijn dat een compensatiesysteem wordt uitgewerkt dat uiteindelijk een negatief effect op preventief vlak zou kunnen hebben.
- Derhalve dient een compensatiesysteem steeds zo te worden uitgewerkt dat alleen zij die daadwerkelijk risico's hebben veroorzaakt of, meer algemeen, aan het ontstaan van het risico hebben bijgedragen ook de financiële gevolgen dienen te dragen van die acties. Dit betekent, positief geformuleerd, dat zij die risico's veroorzaken de financiële gevolgen daarvan dienen te ondergaan, maar dat anderzijds zij die niet hebben bijgedragen aan het ontstaan van die risico's niet gehouden zijn tot bijdrage in die financiële risico's. Een systeem waarin dat anders is heeft niet voldoende positieve invloed op de prikkels tot preventie en leidt slechts tot administratieve kosten, die gepaard gaan met de verschuiving van financiële lasten.
- Bovendien dient in de mate van het mogelijke ook de financiële bijdrageplicht te worden gerelateerd aan de mate waarin men aan het risico heeft bijgedragen: risicodifferentiatie dus.
- Slachtoffers dienen alleen gerechtigd te worden tot vergoeding in de mate dat zij daadwerkelijk door de schadeverwekkende activiteit zelf schade hebben geleden. Ook de causaliteitseis blijft derhalve cruciaal. Welk systeem van compensatie men ook kiest, die eis blijft overeind staan.
- Deze uitgangspunten zijn niet alleen belangrijk vanuit economisch perspectief (risicodifferentiatie om een optimale preventie te genereren), maar ook vanuit het perspectief van een verdelende rechtvaardigheid. Wanneer zij immers niet zouden worden gerespecteerd, zou dat ertoe kunnen leiden dat personen dienen bij te dragen in een vergoedingsplicht ook als zij het risico niet hebben veroorzaakt, of dat personen schadeloosstelling zouden kunnen krijgen ook wanneer hun schade niet door het risico werd veroorzaakt. In beide gevallen zou een negatieve herverdeling het gevolg (kunnen) zijn.

Waartoe leiden deze eenvoudige uitgangspunten voor een optimale inzet van juridische instrumenten ter preventie en compensatie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's?

3. Gebruik aansprakelijkheidsrecht optimaliseren

3.1. Focussen op de hoofdlijnen

Een eerste vraag die in de studie aan de orde is geweest, is in hoeverre het mogelijk en wenselijk is om het aansprakelijkheidsrecht toe te passen op de nieuwe gezondheidsrisico's. In dit kader is in eerste instantie ingegaan op de hoofdlijnen en functies van het aansprakelijkheidsrecht en is vervolgens aan de hand van de jurisprudentie aangegeven dat ook inderdaad een aantal toepassingen kan worden gevonden van het aansprakelijkheidsrecht op deze nieuwe gezondheidsrisico's. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat slachtoffers van bepaalde risico's met problemen in het aansprakelijkheidsrecht worden geconfronteerd.

In het kader van mogelijke aanbevelingen kan eenvoudig worden gesteld dat, waar mogelijk, ook in de toekomst ter preventie van nieuwe gezondheidsrisico's uiteraard steeds van het aansprakelijkheidsrecht gebruik zal moeten worden gemaakt. Dit heeft onmiskenbaar voordelen omdat het prikkels kan bieden tot preventie.³ Juist op het terrein van de nieuwe risico's lijkt dat belangrijk. Het aansprakelijkheidsrecht is daarenboven, vanuit economisch perspectief een relatief eenvoudig en derhalve goedkoop systeem om een preventiebeleid te genereren. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is er immers altijd en werkt *ex ante*, ook zonder dat er ongevallen zijn. Weliswaar kan *ex post* de kostprijs van het aansprakelijkheidsrecht, zeker wanneer een aansprakelijkheidsvordering via een procedure dient te worden geëffectueerd, hoog oplopen, doch komt het echter lang niet in alle aansprakelijkheidszaken daadwerkelijk tot een procedure. Bovendien blijft van belang dat in aansprakelijkheidszaken de door partijen aan te wenden preventieve maatregelen ter voorkoming van risico's door de markt (door partijen zelf of door de rechter) zullen worden bepaald. In die zin is een aansprakelijkheidssysteem goedkoper dan een systeem van regulering, waarbij enerzijds de overheid onderzoek zal moeten doen naar de efficiënte veiligheidsstandaards en anderzijds die veiligheidsstandaards altijd zullen moeten worden gehandhaafd, of er nu een ongeval is of niet. Uitgangspunt is derhalve dat waar mogelijk van die preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht gebruik moet worden gemaakt op een optimale wijze. Optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht dus. Voorwaarde voor die preventieve werking is uiteraard wel dat het ook mogelijk is om het aansprakelijkheidsrecht toe te passen. De mogelijkheden om het aansprakelijkheidsrecht op sommige nieuwe risico's toe te passen zijn eerder beperkt. Daarover straks meer.

Van belang blijft wel dat dat aansprakelijkheidsrecht dan ook alleen wordt aangewend wanneer kan worden aangenomen dat aansprakelijkheid daadwerkelijk een prikkelwerking zal hebben op preventief vlak. Dit veronderstelt dus in ieder geval dat degene die aansprakelijk wordt gehouden door het nemen van

³ De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is vooral in de rechtseconomie sterk benadrukt. Zie voor de basisuitgangspunten onder meer M. Faure & R. Vandenberg, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu 1989, 80-81.

preventieve maatregelen of het veranderen van zijn activiteiten invloed op het risico heeft. Dit stemt ook overeen met de dogmatiek waarin erop wordt gewezen dat het in het aansprakelijkheidsrecht in de kern gaat om het sanctioneren van een tekortkoming.⁴

Wat houdt dat optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht nu precies in voor de nieuwe gezondheidsrisico's? In sommige gevallen kan dit betekenen dat het aangewezen is om het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht tot zijn juiste proporties terug te brengen. In sommige gevallen, zeker bij arbeidsgerelateerde risico's, lijkt het aansprakelijkheidsrecht zodanig te zijn 'uitgedijd' dat sprake is van een situatie waarbij het aansprakelijkheidsrecht de gewenste functies op preventief vlak niet of nauwelijks kan uitoefenen. In dat kader van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten lijken zowel problemen te bestaan wat betreft de vestiging van de aansprakelijkheid als wat betreft het beoordelen van de eigen schuld in hoofde van het slachtoffer. In de rechtseconomische analyse wordt weliswaar aangegeven dat het enkele feit dat een zeer vergaande aansprakelijkheid van de werkgever bestaat, die volgens sommigen neigt naar de risicoaansprakelijkheid op zichzelf geen probleem vormt. Ook een risicoaansprakelijkheid kan immers efficiënte prikkels tot preventie geven. Daarbij wordt echter verondersteld dat aansprakelijkheid steeds wordt toegepast in een situatie waarbij die werkgever door het aanwenden van preventieve maatregelen de totstandkoming van het risico kon beïnvloeden. Enkele voorbeelden toonden aan dat sterk kan worden betwijfeld of dat nog wel het geval is in de huidige jurisprudentie. Ook de zeer beperkte interpretatie van het eigen schuldverweer is vanuit rechtseconomisch perspectief problematisch. In dit verband moet nog eens worden benadrukt dat de rechtseconomische literatuur herhaaldelijk heeft gesteld dat het rekening houden met eigen schuld (ook al leidt dat slechts tot een reductie van de schadeloosstellingsplicht van de dader) in het belang is van dader en slachtoffer, omdat het een middel is om het ongevalsrisico additioneel te reduceren. Nu in de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot arbeidsongevallen en beroepsziekten eigen schuld als verweer nagenoeg wordt uitgesloten, lijkt ook dat strijdig met de zojuist besproken uitgangspunten.

3.2. *Uitdijend aansprakelijkheidsrecht problematisch?*

Uit het voorgaande moet zeker niet in het algemeen worden afgeleid dat het aansprakelijkheidsrecht op alle terreinen van de besproken nieuwe gezondheidsrisico's te ver zou zijn uitgedijd. De nieuwe gezondheidsrisico's zijn immers zeer divers en enkele daarvan (voedingsgerelateerde risico's, infectieziekten) zijn nog zo nieuw dat op die terreinen nog relatief weinig jurisprudentie bestaat. De mogelijke oorzaken daarvan zijn ook dermate uiteenlopend dat zeker niet in het algemeen kan worden gesteld dat elke aansprakelijkheid daarvoor te vergaand of inefficiënt zou zijn. Op enkele van die terreinen kan zelfs worden voorspeld dat een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht in de rede ligt. Zeker bij voedingsgerelateerde risico's

⁴ Daarover T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer, Kluwer 1997.

en infectieziekten is dat het geval, hoewel er bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht wel de nodige problemen te verwachten zijn. De eerste uitspraken wat betreft die laatste nieuwe gezondheidsrisico's zijn inmiddels verschenen.

Het optimaliseren van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht voor die risico's waar het aansprakelijkheidsrecht nog nauwelijks werd gebruikt zou dus juist kunnen betekenen dat een uitbreiding in de rede ligt. Dit is van belang, mede in het licht van de claimcultuurdiscussie, die in Nederland aan het einde van de vorige eeuw woedde. Al te snel ontstaat de indruk dat door een ongenueanceerde verwijzing naar het ontstaan van een 'claimcultuur' elk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht verdacht is. Gelet op de ontwikkelingen in de laatste decennia in de richting van een afkalving van de sociale zekerheid en een (deels daardoor veroorzaakte) socialisering van het aansprakelijkheidsrecht dient men zich in feite over een ontwikkeling in de richting van een claimcultuur niet te verbazen.⁵ De relatie tussen de verscheidene financieringssystemen (vooral sociale zekerheids- en aansprakelijkheidsrecht) heeft belangrijke wijzigingen ondergaan. Doordat hier in feite van een systeem van communicerende vaten sprake is, kan worden verwacht dat bij een afkalvende sociale zekerheid de financiële noodzaak voor slachtoffers om een beroep te doen op het aansprakelijkheidsrecht inderdaad zal toenemen. In die zin zal een toename van claims (die dan in de volksmond als een claimcultuur wordt gekwalificeerd) ook geen verbazing mogen wekken. De claimcultuur vormt op zichzelf ook geen probleem, op voorwaarde dat daarbij nog steeds sprake is van een gebruik van het aansprakelijkheidsrecht overeenkomstig de dogmatische en rechtseconomische uitgangspunten. Als, bijvoorbeeld op terreinen van nieuwe gezondheidsrisico's waar nog relatief weinig gebruik van het aansprakelijkheidsrecht werd gemaakt (zoals bij voedingsgerelateerde schade of infectieziekten) in de toekomst wel een grotere inzet van het aansprakelijkheidsrecht wordt gezien, kan dit inderdaad ook weer als een toegenomen claimcultuur worden gekwalificeerd. Die kwalificatie mag als zodanig echter bepaald niet leiden tot de conclusie op normatief vlak dat een dergelijk toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht dan ook onwenselijk zou zijn. In de kern blijft steeds de vraag of dat gebruik van het aansprakelijkheidsrecht overeenkomt met de hierboven geschetste dogmatische en rechtseconomische uitgangspunten.

3.3. *Maar: specifieke problemen*

Naast het feit dat ten dele een toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht kan worden verwacht kunnen ook mogelijke problemen rijzen bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op enkele specifieke nieuwe gezondheidsrisico's. In sommige gevallen zijn het precies de essentiële eisen van het aansprakelijkheidsrecht die meebrengen dat het moeilijk zal zijn om dat aansprakelijkheidsrecht toe te passen.

⁵ Zie daarover S. Klosse, 'Schadevergoeding via sociale zekerheid en aansprakelijkheidsrecht: communicerende vaten?' in M. Faure & T. Hartlief (red.) *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2001, 1-18.

Veelal gaat het daarbij niet eens om de vraag of in hoofde van degene die een bepaalde activiteit ondernam een tekortkoming kan worden vastgesteld, maar gaat het om de causaliteitsvraag. Vooral bij voedinggerelateerde ziektes zal het bewijs van een oorzakelijk verband tussen een tekortkoming en schade soms op problemen stuiten. Belangrijk blijft in dit verband weer dat de uitgangspunten en eisen van het aansprakelijkheidsrecht worden gerespecteerd, wil men dit aansprakelijkheidsrecht ook zijn preventieve functie op een efficiënte wijze laten vervullen. Daarom dient de verleiding te worden weerstaan de gelaedeerde tegemoet te komen door de causaliteitsonzekerheid maar af te wentelen op degene die bepaalde risico's in het leven heeft geroepen. Beter is het dan om op causaliteitsonzekerheid te reageren met aangepaste juridische instrumenten, zoals de proportionele aansprakelijkheid.⁶

Het blijft van belang om het aansprakelijkheidsrecht zuiver te houden opdat het ook optimale prikkels tot preventie kan bieden. De neiging om het aansprakelijkheidsrecht op te rekken (zoals men die bijvoorbeeld op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid kon ontwaren) is zeker begrijpelijk in een tijd waarin de sociale zekerheid afkalft, omdat een afwijzing van aansprakelijkheid de facto betekent dat het slachtoffer in de kou blijft staan. Wanneer op normatief vlak echter de compensatiewens van slachtoffers voorop zou staan, is het van belang om andere instrumenten (zie hieronder) in te zetten om die (wellicht gedeeltelijke) compensatie te garanderen in plaats van aan de fundamenteën van het aansprakelijkheidsrecht te tornen.

Dat laatste geldt zeker op die terreinen waar door nieuwe gezondheidsrisico's schade ontstaan en het aansprakelijkheidsrecht nooit soelaas zal kunnen brengen, gewoon omdat geen aansprakelijke dader kan worden gevonden. Dat is, als bekend, een van de problemen bij schade veroorzaakt door luchtverontreiniging, maar vaak ook bij natuurrampen. In dergelijke situatie zal juist grote schade kunnen ontstaan zonder dat een beroep op het aansprakelijkheidsrecht mogelijk is. Ook dan is derhalve aanleiding om naar andere instrumenten dan het aansprakelijkheidsrecht te zoeken wanneer men compensatie wil bieden aan die slachtoffers.

3.4. *Samenvattend: waar mogelijk, optimaliseren*

Samenvattend pleiten wij voor een optimaal gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Dit betekent dat wanneer de dogmatische en rechtseconomische voorwaarden voor het aansprakelijkheidsrecht vervuld zijn hier ook vooral ten volle gebruik van moet worden gemaakt omdat het aansprakelijkheidsrecht dan een belangrijke bijdrage kan bieden aan de preventie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Van belang daarbij blijft ook wel met eigen schuld van het slachtoffer rekening te houden en om derhalve de aanspraak op

⁶ Zie daarover A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Diss, Tilburg, Deventer, Kluwer 1997 en A. Akkermans, 'Theorie en praktijk' in A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2001, 85-134 en zie ook de overige bijdragen in A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2000.

schadeloosstelling te reduceren in de mate dat het slachtoffer door zijn gedrag aan het risico heeft bijgedragen. Dit 'optimaliseren' van het aansprakelijkheidsrecht kan op bepaalde terreinen aanleiding geven tot een beperkter gebruik; daarbij kan vooral worden gedacht aan de werkgeversaansprakelijkheid. Op andere terreinen ligt wellicht juist een toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht in de rede. Dat moge dan wel aanleiding geven tot een toenemende claimcultuur, maar wanneer die claimcultuur gewoon betekent dat op effectieve wijze van het aansprakelijkheidsrecht als instrument van preventie en compensatie van nieuwe risico's gebruik wordt gemaakt, hoeft dit op normatief vlak niet als problematisch te worden beschouwd.

Wanneer aan al die zware voorwaarden (vooral ook inzake causaliteit) is voldaan, zal het slachtoffer volledige schadeloosstelling kunnen vorderen van de dader. De drempel voor het aansprakelijkheidsrecht is dus weliswaar hoog, maar het biedt dan ook de luxe van de integrale vergoeding. Dat veronderstelt echter wel dat ook aan al die eisen, juist inzake de causaliteit, steeds de hand wordt gehouden. In die zin blijft het aansprakelijkheidsrecht een luxe systeem, maar tegelijk een randverschijnsel.⁷ Het blijft een randverschijnsel omdat het, gelet op de zware voorwaarden, slechts in een beperkt aantal gevallen een absolute garantie van een integraal vermogensherstel zal kunnen bieden. Anderzijds is het ook een luxe systeem in die zin dat het slachtoffer wanneer immers aan de zware voorwaarden van het aansprakelijkheidsrecht is voldaan, recht geeft op volledig vermogensherstel en vergoeding van immateriële schade.

4. Optimaliseren regulering

Verder blijft het van belang te benadrukken dat hoewel in beginsel ter preventie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's gebruik kan worden gemaakt van het 'eenvoudige' systeem van het aansprakelijkheidsrecht, uit de economische criteria voor regulering blijkt dat dit aansprakelijkheidsrecht ook vaak zal tekortschieten.⁸ Niet steeds zal de rechter voldoende informatie hebben over de optimale wijze om nieuwe gezondheidsrisico's te voorkomen en zullen ook partijen die informatie niet hebben. Dan hebben bijvoorbeeld bepaalde infectieziekten, veiligheidsregulering het grote voordeel dat de overheid onderzoek verricht naar de optimale wijze van reductie van risico's en kan zij via regulering bepalen onder welke voorwaarden bijvoorbeeld sauna's of bubbelbaden mogen worden gebruikt zodanig dat risico's van infectieziekten worden beperkt. Ook andere criteria voor regulering wijzen op tekorten van het aansprakelijkheidsrecht. Een belangrijk probleem blijft dat aansprakelijkheidsrecht slechts optimale prikkels biedt wanneer de potentiële schade niet hoger is dan het individueel vermogen van de

⁷ Zie daarover T. Hartlief, o.c.

⁸ Zie daarover S. Shavell, 'Liability for harm versus regulation of safety', *Journal of Legal Studies* 1984, 357-374 en S. Shavell, 'A model of the optimal use of liability and safety regulation', *Rand Journal of Economics* 1984, 271-280. Zie voor een samenvatting van deze criteria M. Faure, 'Milieubescherming door aansprakelijkheidsrecht of regulering?', *Ars Aequi* 1990, 157-167.

veroorzaker. Bij een insolventierisico zal steeds het probleem dreigen van een tekort aan afschrikking. Ook kan juist omdat het slachtoffer het oorzakelijk verband tussen zijn schade en de activiteit van de dader niet kan bewijzen een succesvolle aansprakelijkheidsvordering uitblijven.

De nieuwe gezondheidsrisico's zullen daarom ook voor de overheid steeds aanleiding dienen te zijn tot regulerend ingrijpen wat betreft de optimale maatregelen om die risico's te voorkomen. Preventie kan niet alleen van het aansprakelijkheidsrecht komen. Wel zal dat aansprakelijkheidsrecht naast regulering een belangrijke aanvullende functie op preventief vlak moeten blijven vervullen. De overheid kan immers niet via regulering alle mogelijke activiteiten waaruit nieuwe gezondheidsrisico's kunnen ontstaan beheersen. Derhalve zal in de praktijk het aansprakelijkheidsrecht in combinatie met veiligheidsregulering worden gebruikt. Overigens kan de overheid door het stimuleren van onderzoek naar preventieve maatregelen ter reductie van nieuwe gezondheidsrisico's juist weer bijdragen aan een optimalisering van het aansprakelijkheidsrecht.⁹ Wanneer efficiënte veiligheidsnormering immers in regulering wordt vertaald, zal in het aansprakelijkheidsrecht doorgaans worden aangenomen dat bij een schending van dergelijke veiligheidsnormen automatisch ook aansprakelijkheid vaststaat. Zo lost de veiligheidsregulering het informatietekort bij de rechter op: de veiligheidsregulering geeft invulling aan de zorgvuldigheidsnorm. Veiligheidsregulering levert daarmee een bijdrage aan de inzet van het aansprakelijkheidsrecht ter reductie van nieuwe gezondheidsrisico's. Anderzijds kan ook dit aansprakelijkheidsrecht een bijdrage leveren aan de handhaving van de veiligheidsregulering. Dit gecombineerd gebruik van aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsregulering en de daarmee verbonden wederzijdse beïnvloeding dient dus te worden gestimuleerd. Dat vereist echter wel dat de overheid investeert in onderzoek teneinde ook de optimale veiligheidsregulering ter reductie van nieuwe gezondheidsrisico's te kunnen vaststellen. Daar dient de overheid voorloper te zijn ten opzichte van het aansprakelijkheidsrecht (hoewel het de facto vaak andersom is: eerst aansprakelijkheidscases, waarna regulering volgt). Bovendien dient de overheid via een dynamisch systeem systematisch regulering aan te passen aan nieuwere technische inzichten aangaande de nieuwe gezondheidsrisico's en de preventieve maatregelen om die te voorkomen. In het aansprakelijkheidsrecht wordt overigens ook aangenomen dat ook producenten en ondernemingen zich van nieuwe inzichten op de hoogte dienen te stellen zelfs wanneer zij reeds aan de toepasselijke veiligheidsregulering voldoen.

Deze benadering is te verkiezen boven een toepassing van het zo wel genoemde voorzorgsbeginsel althans voor zover zij zou inhouden 'bij twijfel niet doen'. Een dergelijke benadering zou te hoge maatschappelijke kosten hebben,

⁹ De rol van de overheid is naar ons idee belangrijker dan de rol die het kabinet voor de overheid weggelegd ziet in het kader van de onbekende gevaarlijke stoffen. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 646, nr. 2, waarin zeer sterk de rol van het bedrijfsleven wordt benadrukt.

immers vernieuwing in de weg staan en er wellicht toe leiden dat zeer belangrijke maatschappelijke activiteiten niet (langer) mogelijk zijn.¹⁰

Het zij nogmaals benadrukt: ook wanneer men de aandacht richt op compensatie van schade veroorzaakt door gezondheidsrisico's, kan aan het preventieaspect niet voorbij worden gegaan. En juist die preventie zal specifiek wat de complexe nieuwe gezondheidsrisico's betreft toch primair vanuit het regulerend optreden van de overheid dienen te komen. Dat regulerend optreden zoals hier wordt bepleit is vervolgens ook van belang om de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid te waarborgen of zelfs te bevorderen.

5. Bevorderen verzekeraarbaarheid door optimaliseren aansprakelijkheidsrecht

5.1. *Uitgangspunt: de facto verzekeraarbaarheid*

Een van de aanleidingen voor het door ons uitgevoerde onderzoek betrof de vraag in hoeverre nieuwe gezondheidsrisico's verzekerd worden en verzekeraar zijn. Vooral op het terrein van de arbeidsgerelateerde risico's, meer bepaald de beroepsziekten, is veel ervaring opgedaan met de problemen waartoe een uitdijend aansprakelijkheidsrecht aanleiding kan geven op verzekeringsvlak. Maar ook wat andere gezondheidsrisico's betreft die door een aansprakelijkheidsverzekering worden gedekt, kan worden verwacht dat dezelfde problemen zullen rijzen die een rol hebben gespeeld bij de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB) naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten.¹¹

Centrale vraag in dat verband is natuurlijk of de verzekeraarbaarheid nu bedreigd wordt door een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. Men zou kunnen betogen dat van onverzekeraarheid klaarblijkelijk geen sprake is omdat voor vele van de nieuwe gezondheidsrisico's die het voorwerp van deze studie vormen de facto aansprakelijkheidsverzekeringen beschikbaar zijn. De werkgever kan beschikken over de genoemde AVB waarop ook de aansprakelijkheid voor beroepsziekten is gedekt; de exploitant van bijvoorbeeld een tuincentrum, sauna-, of bubbelbadgelegenheid zal doorgaans ook kunnen beschikken over een verzekering waarbij globaal zijn aansprakelijkheid voor schade aan derden wordt gedekt, ook wanneer die schade uit infectieziekten ontstaat en hetzelfde geldt vermoedelijk voor degene die voedingsgerelateerde risico's in het leven roept. In die zin zou eenvoudig kunnen worden geconcludeerd, dat die verschillende risico's blijkbaar verzekeraar zijn, omdat zij immers verzekerd worden. Dat is echter iets te simpel. Vaak bieden verzekeraars immers een relatief ruime aansprakelijkheidsdekking voor allerhande risico's en wordt pas nadien wanneer bijzondere (bijvoorbeeld voedingsgerelateerde) risico's zijn vastgesteld, gewerkt met uitsluitingen,

¹⁰ Zie in dit verband overigens recentelijk R. Pieterman, 'Weg met het voorzorgbeginsel', *NJB* 2001, 1023-1029.

¹¹ Zie daarover O.A. Haazen & J. Spier, 'Amerikaanse toestanden en de nieuwe aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen', *NJB* 1996, 45-50.

premieverhogingen of andere reacties. Op het terrein van de werkgevers-aansprakelijkheid is mede door de toename van het aantal claims voor beroepsziekten grote ongerustheid in kringen van verzekeraars ontstaan. Daar is door sommigen beweerd dat door de uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht de aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten niet langer verzekeraar is. Dit heeft onder meer aanleiding gegeven tot een (overigens interessante) zoektocht naar alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering.¹² In dit kader is het echter van belang na te gaan wat nu precies de ontwikkelingen zijn in het aansprakelijkheidsrecht die mogelijk de verzekeraar bedreigen. Wat dat betreft kunnen uit de ervaring met de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten diverse interessante lessen worden gehaald, die mogelijk ook van belang zijn voor de andere nieuwe gezondheidsrisico's waarmee op dit ogenblik nog niet zoveel ervaring bestaat als met de beroepsziekten.

Principieel zou uiteraard de vraag kunnen worden gesteld of men bij de vormgeving van het aansprakelijkheidsrecht rekening moet houden een criterium als 'verzekeraarheid' nu het aansprakelijkheidsrecht toch primair zijn eigen doelstellingen moet dienen, los van de vraag of voor die aansprakelijkheid nu verzekeringsdekking beschikbaar is.¹³ Toch hoort men in de literatuur op dit moment steeds vaker stemmen die stellen dat de verzekeraarheid van belang is, ook om de grenzen van aansprakelijkheid te bepalen. Daarover past wel weer een woord van relativering: of een risico verzekeraar is, zal uiteraard uiteindelijk door de verzekeraars worden bepaald. Theoretisch kunnen interessante uitspraken over de verzekeraarheid worden gedaan; wanneer verzekeraars uiteindelijk beslissen een bepaald risico niet te dekken, zal dat risico de facto dus onverzekeraar zijn. En het omgekeerde is evenzeer het geval. Intussen is over de verzekeraarheid van aansprakelijkheid ook vanuit verzekeringseconomisch perspectief het een en ander te zeggen op objectief vlak, los van de vraag hoe de markt nu met de aansprakelijkheid precies omgaat.

5.2. *Gebrekkige risico-inschatting?*

Wat kan nu worden gezegd over de evolutie in het aansprakelijkheidsrecht, zoals toegepast op nieuwe gezondheidsrisico's, in relatie tot de verzekeraarheid?

In de eerste plaats dient natuurlijk het klassieke argument worden genoemd dat juist bij 'nieuwe' risico's een tekort aan informatie zal bestaan bij de verzekeraar over de omvang van het risico. Essentieel voor nieuwe risico's is immers dat het voor de verzekeraar lastig is om een goede inschatting te maken van de probabiliteit

¹² M. Faure & T. Hartlief, 'Directe schadeverzekering bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', in M. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag, Boom 2001, 77-107.

¹³ Zie daarover onder meer J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, rede uitgesproken bij het afscheid van het ambt van gewoon hoogleraar in het privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant op vrijdag 26 maart 1999, Deventer, Tjeenk Willink 1999 evenals T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer 2000, 373-395.

van een schadegeval en van de mogelijke omvang van de schade wanneer zich een ongeval voordoet. Dat is uiteraard niet anders bij gezondheidsrisico's dan bij andere risico's. Echter, die onzekerheid maakt op zichzelf een risico niet onverzekeraar. De verzekeringseconomische literatuur heeft immers aangetoond dat verzekeraars de mogelijkheid hebben om een risicopremie te vragen als tegenwicht voor de onzekerheid waar zij mee te maken hebben.¹⁴ Vereist daarvoor is echter wel dat ook de verzekeringnemers erkennen dat er een onzekerheid bestaat ten aanzien van het te dekken risico. Anders zal bij hen de bereidheid ontbreken om die additionele risicopremie te betalen.

In dat verband moet ook worden opgemerkt dat de onzekerheid betreffende die nieuwe gezondheidsrisico's niet alleen betrekking heeft op de vraag welke premie een verzekeraar dient te vragen, maar ook op de vraag welke preventieve maatregelen hij dient te eisen. Immers: een goed verzekeraar dient, zo blijkt uit de verzekeringseconomische literatuur, risico's optimaal te differentiëren (zie ook hierna), waarvoor vereist is, dat de verzekeraar weet, wie de goede en wie de slechte risico's zijn. Dat laatste veronderstelt dan weer dat de verzekeraar informatie heeft over de mogelijke oorzaken van de risico's en over de preventieve maatregelen die deze kunnen voorkomen. Juist op dat vlak kan de eerder aangehaalde overheidsregulering weer van groot belang zijn. Als de overheid veiligheidsregulering uitvaardigt ten aanzien van activiteiten die aanleiding kunnen geven tot nieuwe gezondheidsrisico's kan de verzekeraar op zijn beurt daar weer gebruik van maken, bijvoorbeeld door, in ieder geval van zijn verzekerden naleving van verplichtende overheidsreglementering te eisen.

Met andere woorden: een deel van de onzekerheid waar de verzekeraar mee te maken heeft, kan door overheidsregulering worden opgelost. Toch kunnen potentieel voor de verzekeraar nog grote risico's blijven bestaan. Deze hebben vooral met twee fenomenen te maken.

5.3. *Retro-actieve aansprakelijkheid: onverzekeraar*

In de eerste plaats is een verzekering van aansprakelijkheid 'met terugwerkende kracht' vanuit verzekeringseconomisch perspectief problematisch. Het risico bij nieuwe gezondheidsrisico's bestaat echter altijd dat jurisprudentie vandaag beslist dat enige jaren geleden nieuwe veiligheidsnormen ter reductie van dat risico hadden moeten worden toegepast.¹⁵ Heeft de betreffende schadeveroorzaker die normen niet toegepast dan zal aansprakelijkheid worden aangenomen. Juist bij de werkgeversaansprakelijkheid klagen verzekeraars dat de rechters hen met aansprakelijkheid met terugwerkende kracht opzadelen.¹⁶ Natuurlijk zou kunnen worden betoogd dat bijvoorbeeld ook bij infectieziekten, zoals legionella een eerste uitspraak waarbij aansprakelijkheid, bijvoorbeeld van een tuincentrum of

¹⁴ H. Kunreuther, R. Hogaarth & J. Meszaros, 'Insurer ambiguity and Market failure', *Journal of Risk and Insurance* 1993, 71-87.

¹⁵ Vergelijk HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB).

¹⁶ De Hoge Raad denkt daar anders over. Zie HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 682 en 683 (JBMV).

organiseren van een tentoonstelling wordt aangenomen,¹⁷ in feite steeds een terugwerkende kracht wordt aangenomen. Dat kan voor verzekeraars problematisch zijn, maar hoeft niet. Dat is pas een probleem voor zover over die risico's als zodanig niets bekend was, er nog geen veiligheidsregulering bestond en de verzekeraar dus ook nog niets wist van mogelijke preventieve maatregelen die het risico hadden kunnen voorkomen. Helaas gaan zware ongevallen met schade (en dus aansprakelijkheidscases) vaak vooraf aan het ontstaan van veiligheidsregulering. Wanneer echter bepaalde risico's als zodanig bekend kunnen zijn bij verzekeraars en ook enig inzicht bestaat in de preventieve maatregelen ter reductie van die risico's kunnen die maatregelen door verzekeraars ook worden geëist. Wanneer nadien een rechter dan aansprakelijkheid aanneemt omdat de exploitant die veiligheidsmaatregelen niet had nageleefd, is van 'terugwerkende kracht' dan ook geen sprake. Hier zou het voorbeeld van voedingsgerelateerde schade kunnen worden aangehaald. Betoogd zou kunnen worden dat terzake vandaag redelijk goed bekend is welke schade uit een verkeerd gebruik van sommige voedingsstoffen zou kunnen voortvloeien en dat ook preventieve maatregelen bekend zijn; anderzijds zijn er nog geen grote aansprakelijkheidsvorderingen op dat terrein ingediend. Daar zou een verzekeraar op dit moment al kunnen aanknopen bij veiligheidsregulering of bij kennis in de betreffende branche om nu reeds preventieve maatregelen te eisen. Daarmee kan het bewuste probleem van de vermeende terugwerkende kracht van rechtspraak, die een risico onverzekeraar zou kunnen maken ten dele worden opgevangen.

5.4. Afwenteling van causaliteitsonzekerheid

Het andere bekende probleem in het aansprakelijkheidsrecht dat de verzekeraarbaarheid in gevaar kan brengen is de afwenteling van causaliteitsonzekerheid op een exploitant.¹⁸ Die afwenteling kan ertoe leiden dat exploitanten vandaag aansprakelijk worden gehouden niet alleen voor de schade die zij zouden hebben veroorzaakt, maar ook voor schade die door mogelijk totaal andere oorzaken in het leven werd geroepen. Dan is sprake van afwenteling van de causaliteitsonzekerheid die verzekeringsproblemen kan meebrengen. Dit kan juist bij voedingsgerelateerde risico's een groot probleem vormen omdat het veelal lastig zal zijn een oorzakelijk verband aan te tonen tussen de blootstelling aan bepaalde voedingsgerelateerde risico's enerzijds en de daaruit voortvloeiende schade anderzijds.

Samenvattend kan, op beleidsmatig vlak, worden betoogd dat wanneer de overheid de objectieve voorwaarden voor de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid wil verbeteren specifiek met twee problemen moet worden rekening gehouden. In de eerste plaats dient in de mate van het mogelijke retroactieve aansprakelijkheid te worden vermeden (bijvoorbeeld door prospective overruling) en verder dient afwenteling van causaliteitsonzekerheid zoveel mogelijk te worden vermeden. In dat kader geldt dat bij causaliteitsonzekerheid beter een proportionele

¹⁷ Zie inmiddels HR 29 april 2002, *RvdW* 2002, 192.

¹⁸ Zie in dit verband de diverse bijdragen aan A.J. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief (red.), o.c.

aansprakelijkheid kan worden toegepast. Met andere woorden: voor beide fenomenen (retroactiviteit en causaliteitsonzekerheid) zijn in de literatuur oplossingen gesuggereerd binnen het aansprakelijkheidsrecht die de aansprakelijkheid verzekeraar kunnen houden.¹⁹ Voorbeelden van deze benadering vallen ook reeds in de Nederlandse rechtspraak aan te wijzen.²⁰

6. Verzekerbare aansprakelijkheid vanuit perspectief van verzekeraars

Met betrekking tot de vraag hoe de overheid faciliterend zou kunnen optreden om verzekeraar van nieuwe gezondheidsrisico's te stimuleren, hebben wij in de eerste plaats nagegaan aan welke voorwaarden het aansprakelijkheidsrecht dient te voldoen om – althans vanuit een objectief verzekeringseconomisch perspectief – verzekeraar te zijn. Opvallend is overigens dat de elementen die de verzekeraar in gevaar brengen (retroactiviteit en afwentelen van causaliteitsonzekerheid) ook vanuit het efficiëntieperspectief ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht problematisch zijn. Afwenteling van causaliteitsonzekerheid en een retroactieve aansprakelijkheid zijn immers ook problematisch vanuit de gedachte dat efficiënte prikkels tot preventie moeten worden gegeven. Het valt dus op dat de eisen die noodzakelijk zijn om een efficiënt aansprakelijkheidsrecht gestalte te geven hand in hand gaan met de eisen van een verzekerbare aansprakelijkheid.

6.1. *Risicodifferentiatie: absolute noodzaak*

Verder moet worden opgemerkt dat, zoals reeds vaker is aangegeven, verzekeraars zichzelf ook kunnen wapenen tegen onzekerheden betreffende de nieuwe gezondheidsrisico's en ook daarbij kan de overheid faciliterend optreden. Eerder hebben wij al betoogd dat het antwoord op problemen van verzekeraar steeds een optimale risicodifferentiatie is. Die risicodifferentiatie kan mogelijk worden gemaakt, mede door de overheid, door zo spoedig mogelijk adequate informatie aan de markt ter beschikking te stellen over de incidentie en omvang van bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's, over de mogelijke oorzaken en over de preventieve maatregelen die genomen kunnen worden. Die informatie kan dan vervolgens door de verzekeraars worden benut door op een concurrentiële markt adequate polisvoorwaarden (waaronder het eisen van preventieve maatregelen) aan te bieden. Overigens wordt aangestipt dat ook een verbond van verzekeraars bij het

¹⁹ Het beperken van de retro-activiteit lijkt van belang om de verzekeraar te bevorderen, zie daarover M. Faure, 'Is aansprakelijkheid met terugwerkende kracht efficiënt en verzekeraar?', *A&V* 1998, 1-11. Een alternatief is het verschuiven van de dekkingsystematiek bij aansprakelijkheidsverzekering. Zie daarover J. Spier & O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made grondslag*, Deventer, Kluwer 1996. Wat de causaliteitsonzekerheid betreft is proportionele aansprakelijkheid als remedie voor de onverzekeraar naar voren geschoven. Zie daarover onder meer M. Faure & T. Hartlief (red.) *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer 1995.

²⁰ Zie Akkermans, e.a., o.c.

uitwisselen van informatie over nieuwe gezondheidsrisico's een belangrijke rol kan spelen en dat zulks zich ook goed verdraagt met verordening nr. 3932 aangaande de toepassing van het mededingingsrecht op de verzekeringsmarkt.²¹

6.2. *Verplichte verzekering gewenst?*

Verder zou, meer algemeen, nog de vraag kunnen worden gesteld waarom de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid vanuit beleidsmatig perspectief als zodanig als een interessant punt wordt gezien. Vanuit dat perspectief zou net zo goed kunnen worden geoordeeld dat het primair van belang is een goed functionerend aansprakelijkheidsrecht te hebben en dat het maar aan de aansprakelijke exploitanten is om op een concurrentiële verzekeringsmarkt een behoorlijke dekking te vinden. Echter, de efficiëntie van het aansprakelijkheidsrecht dreigt in belangrijke mate in gevaar te komen wanneer een insolventierisico bestaat. Belangrijke winst kan worden geboekt wanneer de verzekeraar in staat is via een adequate controle op het gedrag van de verzekerde een remedie te bieden voor dat insolventierisico. Vanuit beleidsperspectief zou zelfs kunnen worden gesteld dat dit insolventierisico zodanig ernstig is dat zelfs een verplichting op bepaalde exploitanten zou moeten worden gelegd om een financiële zekerheid te zoeken ter dekking van de schade die zij zouden kunnen veroorzaken door nieuwe gezondheidsrisico's. Is verplichte aansprakelijkheidsverzekering inderdaad een adequaat antwoord bij de nieuwe gezondheidsrisico's?

Hoewel er op zichzelf zeker enkele argumenten kunnen worden genoemd in het voordeel van een dergelijke plicht lijken de nadelen toch groter te zijn. In de eerste plaats ontstaat al snel een te grote afhankelijkheid van de overheid ten opzichte van de verzekeringsmarkt wanneer een verzekeringsplicht wordt ingevoerd voor bepaalde activiteiten. De facto worden het dan de verzekeraars die gaan bepalen onder welke voorwaarden een activiteit kan worden uitgeoefend. Dat is een op zichzelf niet abnormaal effect van een verzekeringsplicht en zelfs niet onwenselijk, op voorwaarde dat voldoende verzekeringsdekking en voldoende concurrentie op de markt aanwezig zijn. De ervaring, bijvoorbeeld met de verzekering van natuurrampen, heeft echter geleerd dat aan de concurrentie op de Nederlandse verzekeringsmarkt reël kan worden getwijfeld. In sommige gevallen werden gewoon afspraken gemaakt om bepaalde risico's niet te dekken (hetgeen overigens op gespannen voet staat met het Europees mededingingsrecht). Ook rijst de vraag of voor die nieuwe gezondheidsrisico's wel voldoende dekking op de markt bestaat. Juist bij nieuwe risico's bestaat vaak het probleem dat de markt nog onvoldoende ontwikkeld is, waardoor een verzekeringsplicht zeker niet in de rede ligt.

Daarnaast rijst ook het probleem dat het aantal activiteiten dat aan de bron kan liggen van het ontstaan van nieuwe gezondheidsrisico's buitengewoon groot en

²¹ Zie daarover M. Faure & R. Van den Bergh, 'Aansprakelijkheidsverzekering, concurrentie en ongevallenpreventie', in T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer 2000, 315-342.

gediversifieerd is. Dit betekent dan ook dat wanneer men de verplichte aansprakelijkheidsverzekering als serieuze optie beschouwt, het regulerend netwerk om dit te realiseren complex zou worden.

Tenslotte rijst natuurlijk het principiële probleem dat bijvoorbeeld bij de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten gebleken is dat de verzekeraars grote problemen hebben (onder meer door een toenemend aantal claims, ontwikkelingen in de jurisprudentie, socialisering van aansprakelijkheid) om dit risico behoorlijk te dekken. Het ligt niet voor de hand om de gebreken van een slecht functionerend systeem van aansprakelijkheidsverzekering weg te nemen door dit slecht functionerend systeem dan maar verplicht te maken. De problemen waarover verzekeraars klagen (gebrek aan informatie, rechtsonzekerheid, afwentelen van causaliteitsonzekerheid en retroactieve aansprakelijkheid) lost men uiteraard niet op door de invoering van een verplichting tot aanschaffing van aansprakelijkheidsverzekering.²² Het lijkt dan ook niet aangewezen om op beleidsmatig vlak een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor alle mogelijke nieuwe gezondheidsrisico's in het leven te gaan roepen.

6.3. *Aanpassing: dekkingssystematiek*

Tenslotte is gebleken dat verzekeraars zelf op allerhande mogelijke wijze op nieuwe gezondheidsrisico's, onder meer arbeidsgerelateerde risico's, hebben gereageerd. Meer bepaald op het probleem van de retroactieve aansprakelijkheid werd gereageerd, door een wijziging van de dekkingssystematiek.²³ Het gaat hierom de overgang van loss occurrence naar de claims made dekkingssystematiek. Ook hier geldt dat op beleidsmatig vlak de overheid alleen faciliterend dient op te treden bij dergelijke wijzigingen. De wijziging lijkt inderdaad belangrijk om het risico verzekeraar te houden. Het lijkt dan niet aangewezen om, zoals soms in het buitenland is gebeurd, de verzekeraars te verbieden een dergelijke wijziging van de dekkingssystematiek door te voeren, omdat die als onbillijk zou worden gekwalificeerd. Keerzijde van de medaille van de claims made dekking is dat zij weliswaar de verzekeraarheid van aansprakelijkheid bevordert, maar dat anderzijds de risico's toenemen dat de beschikbaarheid van verzekeringsdekking in concrete gevallen wel eens zou kunnen uitblijven. Claims made kan er dan ook in concreto toe leiden dat slachtoffers soms in de kou komen te staan. Onze beleidsmatige suggestie desbetreffend is zeker niet om het claims made dekkingssysteem dan maar te verbieden, doch veeleer om op zoek te gaan naar alternatieven die kunnen worden aangewend om de eventuele gaten die zouden vallen ten gevolge van een falende aansprakelijkheidsverzekering op te vullen.

²² Zie daarover M. Faure & T. Hartlief, 'Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER', *NJB* 1998, 1135-1142.

²³ Zie daarover J. Spier & O.A. Haazen, *o.c.*

7. Alternatieven voor aansprakelijkheidsverzekering

7.1. *Afkalving sociale zekerheid en toenemende claimcultuur*²⁴

Het voorgaande maakt duidelijk dat aansprakelijkheid gecombineerd met aansprakelijkheidsverzekering weliswaar in vele gevallen dekking zal kunnen bieden voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's; een absolute garantie van compensatie wordt door die systemen echter niet geboden. In sommige gevallen is er geen aansprakelijke dader te vinden (denk aan de natuurrampen) en in andere gevallen leidt de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht tot een toenemende druk op de aansprakelijkheidsverzekering, waardoor de verzekeraarbaarheid in gevaar komt. Wanneer men derhalve toch financiering wil zoeken voor schade veroorzaakt door dergelijke nieuwe gezondheidsrisico's dan komen al vlug alternatieven in beeld. Het is derhalve interessant kort bij enkele van die alternatieven stil te staan. Vooraf is echter een woord van waarschuwing op zijn plaats. Traditioneel werd het grootste deel van de schade van de meeste slachtoffers van ongevallen gedekt door het sociaal zekerheidssysteem waarover in dit kader ook het stelsel van vergoeding van ziektekosten wordt geschetst. Dit systeem bood weliswaar geen volledige vermogensgarantie (zoals het aansprakelijkheidsrecht), maar wel een 'Existenzsicherung'. Men mag niet uit het oog verliezen dat dit meebracht dat zolang de sociale zekerheid ziektekosten dekte en ook een behoorlijk deel van het inkomensverlies voor zijn rekening nam de facto een groot deel van de schade van slachtoffers was gedekt. Vooral voor de hoge inkomensgroepen (wier inkomensverlies dus substantieel hoger was dan de inkomensvervangende tegemoetkoming vanuit het sociaal zekerheidssysteem) bleef het van belang een beroep te doen op een systeem dat een integrale vermogensgarantie bood, zoals het aansprakelijkheidsrecht. Ook was het aansprakelijkheidsrecht het enige systeem dat eveneens smartengeld vergoedde. In een rechtssysteem met een behoorlijk uitgewerkt sociaal zekerheidssysteem is de noodzaak voor slachtoffers om op systemen zoals het aansprakelijkheidsrecht een beroep te doen relatief.

Het is eigenlijk pas sinds de afkalving van de sociale zekerheid dat voor bepaalde slachtoffers het beroep op een aansprakelijkheidsrecht een absolute noodzaak wordt ook om vergoeding van primaire levensbehoeften te krijgen.²⁵ In bepaalde vakbondskringen kan men dan ook bijvoorbeeld horen dat zij in ruime mate van het aansprakelijkheidsrecht gebruik zullen gaan maken, juist om 'het WAO-gat te dichten'. Dit is een belangrijk element in, wederom, de claimcultuur-discussie. Een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht (claimcultuur)

²⁴ Zie over de relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en de claimcultuur ook J. Spier, 'Claimcultuur en aansprakelijkheidsrecht' in G.J. Niezen e.a. (red.) *Ongebonden recht bedrijven*, Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen, Deventer, Kluwer 2000, 223-231.

²⁵ Zie over die ontwikkelingen ook S. Klosse & G. Vonk, 'De betekenis van het recht voor de toekomst van de sociale zekerheid', in S. Klosse (red.) *Sociale zekerheid: een ander gezichtspunt; toekomstperspectief vanuit vier disciplines*, Brugge, Die Keure 2000, Handig 89-248.

zal in belangrijke mate aangezwengeld worden door de financiële noodzaak van slachtoffers om op dat aansprakelijkheidsrecht een beroep te doen.

7.2. *Terugkeer naar sociale zekerheid?*

Men zou zich derhalve als men deze redenering volgt als voor de hand liggende oplossing een terugkeer naar de sociale zekerheid kunnen voorstellen. Hoewel daar in bepaalde kringen zeker voor zal worden gepleit zijn daar evident ook weer nadelen aan verbonden. De gedachte dat meer prikkelwerking in het sociale zekerheidssysteem dient te worden ingebouwd is op zichzelf uiteraard niet verkeerd; wij hebben echter de indruk dat de overheid onvoldoende rekening heeft gehouden met een nochtans logisch effect van de afkalving van de sociale zekerheid, namelijk dat slachtoffers dan op andere vergoedingssystemen zoals het aansprakelijkheidsrecht een beroep zullen doen. Ieder publiek sociaal zekerheidssysteem zal, door bureaucratie en een gebrek aan marktwerking steeds relatief duur zijn en inefficiënties vertonen. Ook is de wijze van financiering van een sociaal zekerheidssysteem voor een belangrijk deel anders dan een financiering van een systeem van private verzekering.²⁶ Premieafdracht bij de sociale zekerheid vindt immers inkomensgerelateerd plaats, waardoor marktwerking in een dergelijk systeem zeer moeilijk kan worden ingebouwd. In een tijd waarin de overheid zich steeds meer uit het publieke veld terugrekt en meer aan de markt overlaat lijkt een pleidooi voor een terugkeer naar de sociale zekerheid dus weinig kans te maken.

7.3. *Interventie vanuit collectieve middelen?*

Het is niettemin opvallend dat bij het ontstaan van grote schade ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's het precies weer diezelfde overheid is waarop men een beroep zal doen. Zo kan men vaststellen dat bij grote rampen, dat wil zeggen ongevallen met grote aantallen slachtoffers, politieke commotie ontstaat en de roep om slachtoffers een integrale schadeloosstelling te bieden wordt gehoord.²⁷ Naar aanleiding van dergelijke crisis met vele aantallen slachtoffers wordt dan ook weer steeds om overheidsinterventie gevraagd. Men dient zich echter te realiseren dat, hoe lovenswaardig deze warme belangstelling voor de slachtoffers ook moge zijn, dit tegelijk ook wel een wrang element heeft. Het heeft er de schijn van dat de overheid voor slachtoffers van ongevallen alleen maar belangstelling lijkt te krijgen wanneer het ongeval als een ramp wordt gekwalificeerd en derhalve grote aantallen burgers worden getroffen, met alle gevolgen van dien, onder meer ook voor de aandacht die een dergelijk incident in de pers zal krijgen. Denk aan de verklaringen op politiek niveau onmiddellijk na de ramp in Enschede waarbij werd gesteld dat

²⁶ Zie daarover M. Faure, 'The applicability of the principles of private insurance to social health care insurance, seen from a law and economics perspective', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 1998, 265-293 evenals T. Hartlief, o.c.

²⁷ Zie daarover T. Hartlief, 'Schadefondsen en de rol van de overheid', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Lelystad, Vermande 2002, 61-103.

alle slachtoffers integraal schadeloos gesteld zouden dienen te worden. Dat is op zichzelf, nogmaals, een nobel streven. Men kan echter moeilijk voorbijgaan aan het feit dat het toch wel merkwaardig is dat men als slachtoffer klaarblijkelijk meer bescherming verdient wanneer men deel uitmaakt van een grote groep. Rechts-politiek blijft het daarom bevreesdheid wekken dat slachtoffers van rampen een betere bescherming zouden krijgen dan de vele andere slachtoffers die nu eenmaal ook door ongevallen ernstig letsel met vaak blijvende gevolgen lijden. De reden waarom de politiek zich meer zorgen maakt om slachtoffers van rampen zoals Enschede dan bijvoorbeeld om slachtoffers van verkeersongevallen, slachtoffers in huiselijke kring of van sport- en spelongevallen moge duidelijk zijn: door de massaliteit en de persbelangstelling neemt evident ook het politiek belang om 'iets te doen' toe. Hetzelfde kan men vaststellen naar aanleiding van het Fonds luchtverontreiniging. Zowel uit de ontstaansgeschiedenis als uit de uitvoeringspraktijk ten aanzien van dit fonds is gebleken dat de facto alleen agrariërs met landbouwschade van uitkeringen vanuit dit fonds kunnen genieten. De vandaag zo belangrijke gezondheidsschade wordt door dit Fonds luchtverontreiniging in het geheel niet gedekt.²⁸

Het blijkt derhalve dat de beslissing van de overheid om specifieke voorzieningen te treffen voor bepaalde groepen slachtoffers vaak door politieke motieven is ingegeven en in enkele gevallen veeleer het gevolg lijkt te zijn van belangengroepenpolitiek dan van een streven om de maatschappelijke welvaart te verhogen. Dit is niet alleen beleidsmatig een belangrijk punt. Ook juridisch kan men immers vragen stellen bij de beslissing specifieke categorieën slachtoffers beter te behandelen dan andere. Juist gelet op het gelijkheidsbeginsel heeft bijvoorbeeld Bloembergen daarom altijd kritiek gehad op dergelijke oplossingen waarbij vanuit de algemene middelen schadeloosstelling wordt geboden aan bepaalde categorieën slachtoffers.²⁹ De keuze om de ene groep slachtoffers wel specifieke hulp te bieden en de andere niet is vanuit het gelijkheidsbeginsel immers al snel discutabel.

7.4. *Schadefonds*

Deze constatering is van belang ter inleiding op de oplossing die vaak wordt gekozen wanneer de overheid die bepaalde categorieën slachtoffers een bijzondere bescherming wil bieden: de fondsoptlossing. Wanneer men de eerder geformuleerde beginselen van financiering van schade veroorzaakt door nieuwe risico's (zoals risicodifferentiatie qua financiële bijdrage en causaliteitsvereiste voor slachtoffers) hoog in het vaandel blijft dragen, dan zal men – helaas – dienen vast te stellen dat veel van de problemen die ontstaan in het kader van het aansprakelijkheidsrecht ook aan de orde zullen zijn wanneer men een fonds op efficiënte leest wil schoeien. Een van de grote problemen bij toepassingen van het aansprakelijkheidsrecht is

²⁸ Zie daarover M. Faure, T. Hartlief & M. Hertoghs, 'Evaluatie van het fonds luchtverontreiniging', *M&R* 2000, 64-69.

²⁹ Zie A.R. Bloembergen, 'Een schadefonds geweldsmisdrijven?', in *Bloembergens werk*, Deventer, Kluwer 1992, 167-178.

vaak dat niet precies is uit te maken welke dader de schade nu heeft veroorzaakt (causaliteitsonzekerheid). Wanneer men een fonds op efficiënte wijze wil organiseren zal echter ook de bijdrageplicht van de dader gerelateerd dienen te zijn aan de mate waarin hij aan de totstandkoming van het risico heeft bijgedragen.³⁰ Ook een fonds dient immers nog steeds financiële prikkels tot preventie te blijven geven. Dat betekent dat goede risico's minder zullen moeten betalen dan de slechte risico's. Risicodifferentiatie dus. Hetzelfde geldt aan de kant van de slachtoffers. Wanneer niet geheel duidelijk is of een bepaalde schade van het slachtoffer werd veroorzaakt door het risico dat door de aansprakelijke dader werd gecreëerd zal toch ook bij een fondsoptlossing moeten worden nagegaan of de (gezondheids)schade van dat slachtoffer wel door dat risico werd gecreëerd waarvoor het fonds in het leven werd geroepen. Kortom: de problemen van de vereiste risico-differentiatie en mogelijke oplossingen voor causaliteitsonzekerheid zullen evengoed rijzen bij fondsoptlossingen, althans wanneer men die op efficiënte leest wil schoeien. Daarom lijkt het meer aangewezen om binnen het aansprakelijkheidsrecht mechanismen te zoeken om met die problemen (zoals causaliteitsonzekerheid) om te springen (bijvoorbeeld door de introductie van een proportionele aansprakelijkheid).³¹

Natuurlijk kan men al die problemen met betrekking tot de efficiënte wijze van financiering (door optimale risicodifferentiatie) van tafel vegen door te stellen dat de overheid dan maar dient bij te dragen aan het fonds. Maar dan dient toch weer te worden herinnerd aan hetgeen hiervoor werd gesteld, namelijk dat men zich toch sterk kan afvragen waarom bepaalde slachtoffers daadwerkelijk een voorkeursbehandeling verdienen.

Ook de praktijk toont aan dat fondsoptlossingen die gerelateerd zijn aan de hier onderzochte nieuwe gezondheidsrisico's geen onverdeeld succes zijn. Het Fonds luchtverontreiniging blijkt de facto maar een zeer beperkt fonds te zijn en blijkt voor de zo belangrijke gezondheidsschade niet eens tussen te komen. Ook de regeling van de WTS (Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen 1998) blijkt uiteindelijk aan zodanig strikte voorwaarden te zijn gebonden dat zij bij vele rampen niet eens zal kunnen worden toegepast.³² Daarbij laten wij de hiervoor vermelde principiële problemen (bijvoorbeeld inzake financiering) nog buiten beschouwing. In ieder geval blijkt bijvoorbeeld dat naar aanleiding van de ramp in Enschede weliswaar allerhande beloftes tot uitkering op politiek niveau zijn gedaan, doch die beloftes vonden steeds plaats *buiten* het kader van de WTS.³³

³⁰ Daarover verder bij M. Faure & T. Hartlief, 'Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?', *RM Themis* 1998, 211-228.

³¹ Daarover A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *o.c.*

³² Zie daarover T. Hartlief, *o.c.*, 2002, 61-103.

³³ Daarover M. Faure & T. Hartlief, 'Vergoeding van rampschade', in E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.) *Ramp en Recht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2001, 149-172 en W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, 1675-1685.

Het grootste succes tot nu toe is wellicht het Instituut voor Asbestslachtoffers. Maar dat is, de naam zegt het al, geen fonds, maar een instituut dat de claims van slachtoffers faciliteert. Het aansprakelijkheidsrecht blijft derhalve intact.³⁴

De vraag rijst niettemin of, afgezien van een uitbreiding van de sociale zekerheid of andere publieke oplossingen zoals compensatiefondsen, niet kan worden gedacht aan private vormen van compensatie, anders dan aansprakelijkheidsverzekering. In dit verband kan worden opgemerkt dat juist voor industriële catastroferisico's diverse alternatieve systemen zijn uitgedacht. Zo wordt onder meer het gebruik van kapitaalmarkten om hogere bedragen van compensatie te genereren gesuggereerd.³⁵ Daarmee bestaat inmiddels overal de nodige ervaring. Dit soort moderne arrangementen wordt echter doorgaans ingezet wanneer de industrie dekking probeert te krijgen voor de eigen schade die aan het eigen bedrijf zou kunnen worden veroorzaakt. Daar is klaarblijkelijk vastgesteld dat op de kapitaalmarkten tegen betere financiële voorwaarden (althans in sommige omstandigheden) dekking kan worden verkregen dan op de traditionele verzekeringsmarkten. Voor nieuwe gezondheidsrisico's zijn die alternatieven vermoedelijk minder geschikt. Natuurlijk zouden bedrijven die potentieel nieuwe gezondheidsrisico's kunnen veroorzaken naar alternatieven kunnen zoeken om hun aansprakelijkheid te dekken. Die wetenschap is van belang wanneer de overheid toch zou beslissen om voor bepaalde risico's een verzekeringsplicht ten aanzien van de aansprakelijkheid in te voeren. Belangrijke conclusie is dan dat een dergelijke plicht zo algemeen mogelijk dient te worden geformuleerd als 'de plicht tot het verkrijgen van financiële zekerheid', zonder dat dit tot verzekering zou moeten worden beperkt. Op die wijze biedt men prikkels aan de markt om zo ruim mogelijk en tegen de beste voorwaarden dekking via verschillende mechanismen te zoeken. Ook in dat model gaat men echter nog steeds uit van een dekking van aansprakelijkheid.

7.5. *Directe verzekering als wenkend alternatief?*

Er bestaat mogelijk een alternatief voor de traditionele aansprakelijkheidsverzekering dat ook in het kader van de nieuwe gezondheidsrisico's het bestuderen waard lijkt. Het gaat hier om een variant op de first party insurance, de zogenaamde directe verzekering. Dit verzekeringssysteem is essentieel anders dan de aansprakelijkheidsverzekering. Immers, de verzekeraar biedt niet langer dekking voor het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt gesteld en een derde schadeloos dient te stellen, maar het risico dat zich een bepaalde schade zal

³⁴ De basis voor dit instituut werd gelegd door een advies van J. de Ruiter, *Asbestslachtoffers* (advies in opdracht van de staatssecretaris van sociale zaken en werkgelegenheid), Den Haag, Vuga 1997 en zie over dit advies van De Ruiter onder meer N. Frenk, 'Asbestslachtoffers', *VR* 1997, 295-298 en J. Spier, 'Asbestslachtoffers, het advies van Prof. Mr. J. de Ruiter', *AE&V* 1997, 60-62.

³⁵ Zie daarover onder meer N. Radetzki, 'Private arrangements to cover large-skill liability caused by nuclear and other industrial catastrophes', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2000, 180-195.

voordoen wordt rechtstreeks verzekerd. Dit model zou kunnen werken ten aanzien van arbeidsgelateerde risico's zoals beroepsziekten. Daar is dit zeker meer dan een theoretische discussie omdat de Nederlandse verzekeraars ernstig aan het nadenken zijn over de invoering van een dergelijke directe verzekering.

Hoewel er zeker ook nadelen zijn helt naar onze mening de balans over in het voordeel van de directe verzekering, vooral wanneer men deze vergelijkt met de traditionele aansprakelijkheidsverzekering. Het betoog van verzekeraars dat directe verzekering een beter beheersbaar risico tot voorwerp heeft dan aansprakelijkheid lijkt juist. Vele onzekerheden waar het aansprakelijkheidsrecht aanleiding toe geeft kunnen bij directe verzekering worden uitgesloten of in ieder geval beperkt. Ook zijn er voor slachtoffers zeker voordelen. Zij hoeven niet langer de 'lijdensweg' van het aansprakelijkheidsrecht te ondergaan en kunnen rechtstreeks op de polis van hun werkgever claimen. Nadelen zijn er uiteraard ook. Een directe verzekering is in feite een door de markt geboden sociale zekerheid. Dat betekent dat de directe verzekering nooit de luxe van een volledige vermogensgarantie zal kunnen bieden, die het aansprakelijkheidsrecht wel biedt. De bedragen die bij directe verzekering worden betaald zullen worden genormeerd (en dus beperkt). Ook blijft bij directe verzekering van groot belang dat heldere causaliteitscriteria worden bepaald. Bijvoorbeeld in het kader van de beroepsziekten moet immers de directe verzekering zodanig gestalte worden gegeven dat de verzekeraar van de werkgever uitsluitend tussenkomt ter vergoeding van de gevolgen van *beroepsziekten*. Met andere woorden: uitsluitend het *risque professionnel* moet door de verzekeraar worden gedekt, niet het *risque social*. Intussen zijn hier diverse modaliteiten denkbaar.³⁶

Directe verzekering lijkt dus voor arbeidsgelateerde risico's een aantrekkelijk model. Nieuwe gezondheidsrisico's kunnen echter ook buiten het kader van de arbeidssituatie worden veroorzaakt door vele onderscheiden activiteiten. Men kan zich moeilijk voorstellen dat bijvoorbeeld al diegenen die potentieel nieuwe infectieziekten zouden kunnen veroorzaken, een directe verzekering ten voordele van hun potentiële slachtoffers zouden afsluiten. Immers: waar de potentiële slachtoffers van een werkgever goed bekend zijn, namelijk zijn werknemers, en een optimale risicodifferentiatie dus mogelijk is, geldt dat niet bijvoorbeeld voor de potentiële slachtoffers (ten gevolge van legionella) bij de uitbater van een tuincentrum. Wanneer men dergelijke slachtoffers additionele bescherming wil geven (dat wil zeggen naast het minimumniveau dat ze ook vandaag nog krijgen onder sociale zekerheid) zou voor hen een first party insurance mogelijk een oplossing kunnen bieden. De first party insurance is een verzekering die slachtoffers zelf nemen ter dekking van hun eigen schade. De first party verzekering is dan ook, anders dan directe verzekering, een verzekering waarbij de potentiële slachtoffers zelf verzekerde zijn en derhalve ook de verzekeringspremie betalen. Het gaat hier in feite om een ongevallenzekeringsverzekering waarbij de potentiële slachtoffers zeer algemeen voor alle mogelijke risico's een dekking nemen. Doel van

³⁶ Zie daarover M. Faure & T. Hartlief, o.c., in M. Faure & T. Hartlief (red.) *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2001, 77-107.

dergelijke dekking is dat men een aanvulling verkrijgt op het minimumniveau van sociale zekerheid dat vandaag wordt geboden.

Ten dele bestaan dergelijke verzekeringen natuurlijk vandaag ook in Nederland. Bijvoorbeeld na de wijziging van de WAO zijn veel private verzekeringen op de markt gekomen die werknemers de mogelijkheid geven om zich te verzekeren van een aanvulling op de WAO-uitkering wanneer ze arbeidsongeschikt zouden worden. In dat soort gevallen blijft de uitkering natuurlijk beperkt tot het loonverlies ingeval van arbeidsongeschiktheid. Smartengeld wordt in beginsel niet gedekt. Een stuk verder gaat een Franse polis die een dekking biedt tegen de zogenaamde ongevallen van het leven. Deze polis met de zeer algemene omschrijving 'La garantie des accidents de la vie' wordt op de markt gebracht door de Fédération Française des Sociétés d'Assurances. Zij biedt een first party verzekering voor alle schade die veroorzaakt wordt door ongevallen (of deze zich nu voordoen thuis, in het verkeer, in een ziekenhuis, of waar ook). De dekking wordt geboden los van de vraag of daarvoor iemand aansprakelijk is en een uitkering geschiedt alsof het aansprakelijkheidsrecht van toepassing was. Met andere woorden: ook smartengeld wordt uitgekeerd. De first party verzekeraar heeft uiteraard daarna de mogelijkheid om regres uit te oefenen op de eventuele aansprakelijke dader. Deze polis is aantrekkelijk voor degenen die snel uitkering willen en niet willen wachten op de uitkomst van een procedure in het aansprakelijkheidsrecht, maar ook voor hen die vrezen dat zij slachtoffer worden van een ongeval zonder dat een aansprakelijke dader kan worden aangewezen.

Voor vele potentiële slachtoffers van ongevallen veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's zou een dergelijk polismodel uitkomst kunnen bieden. Nadeel is uiteraard dat potentiële slachtoffers zelf de dekking dienen te financieren. Anderzijds is er het voordeel dat de verzekeraar ook de polis kan toesnijden op de wensen en individuele risico's van de verzekerde. Een optimale risicodifferentiatie kan daarom plaatsvinden.

8. Randvoorwaarden

8.1. Verplichte *directe* verzekering of *first party* verzekering?

De vraag rijst uiteraard waar het voorgaande, een pleidooi in de richting van directe verzekering (waar slachtoffergroepen ex ante kunnen worden geïdentificeerd) respectievelijk first party insurance (waar slachtoffergroepen zeer divers kunnen zijn) nu toe leidt op beleidsmatig vlak. Zou een plicht moeten worden ingevoerd bijvoorbeeld voor werkgevers om een directe verzekering ten behoeve van hun werknemers in te voeren of, nog veel ruimer, zouden alle potentiële slachtoffers (alle burgers dus) van nieuwe gezondheidsrisico's verplicht moeten worden een first party verzekering naar Frans model af te sluiten? Het eerste lijkt ons om de directe verzekering enige politieke kans van slagen te geven nodig. Over het tweede denken wij echter anders. In feite zou dat er namelijk op neerkomen dat slachtoffers zelf dan een aanvulling op de uitkeringen vanuit de sociale zekerheid financieren. De ongevallenverzekering (first party verzekering) biedt weliswaar het grote

voordeel dat een optimale risicodifferentiatie mogelijk is; het risico bestaat dat veel van die voordelen verloren gaan wanneer slachtoffers worden verplicht een verzekering te nemen, zeker wanneer die ook smartengeld zou omvatten. De basisidee hierachter is dat sommige burgers een hoge verwachte schade zullen hebben en anderen niet.

In de verzekeringseconomie wordt er terecht op gewezen dat het belangrijkste kenmerk van immateriële schade is dat immateriële schade wel als schade kan worden gekwalificeerd, maar geen vraag naar extra geld genereert.³⁷ Uiteraard zijn er ook naar aanleiding van schrijnende ongevallen met letselschade vele mogelijkheden in de materiële sfeer die het lijden kunnen verlichten. Die kunnen als materiële schade worden gekwalificeerd en komen voor vergoeding in aanmerking. De vraag rijst echter of er economisch gezien een vraag naar compensatie bestaat voor schade die inderdaad zuiver immaterieel is. Daarmee wordt dan schade bedoeld die niet via extra materiële zorgen kan worden verzacht. Het kenmerk daarvan is immers dat het hier om lijden gaat dat als zodanig geen extra vraag naar geld genereert en waarbij dan ook de vraag rijst in hoeverre een financiële tegemoetkoming dit leed kan verzachten. Dat is evenwel niet de kern van de zaak. De kern van de zaak is dat het feit dat immateriële schade *ex post* geen vraag naar extra geld genereert als consequentie heeft dat immateriële schade *ex ante* ook geen vraag naar verzekering meebrengt. Het gevolg daarvan is dat het slachtoffer wanneer het aansprakelijkheidsrecht als compensatiesysteem niet te zijner beschikking zou staan *ex ante* geen vraag naar verzekering tegen immateriële schade zou hebben. Immers: de reden waarom slachtoffers een 'first party insurance' sluiten, zoals bijvoorbeeld een ongevallenverzekering of een rechtsbijstandsverzekering is dat zij bereid zijn *ex ante* premie te betalen om zich in te dekken wanneer *ex post*, dat wil zeggen nadat een risico zich heeft voorgedaan, een behoefte aan extra financiële middelen ontstaat. Materiële schade genereert immers een vraag naar extra geld. Deze *ex post*-behoefte kan door de betaling *ex ante* van een premie worden weggenomen. De betaling van een premie *ex ante* betekent echter altijd een vermogensverlies. Normalerweise is de verzekerde bereid om dat te aanvaarden juist omdat dit vermogensverlies extra zekerheid zal geven nadat het risico zich heeft gerealiseerd. Het gaat hier om de vraag naar de intertem-porele inkomensverdeling tussen leden van een risicogroep. Juist omdat immateriële schade *ex post* geen vraag naar extra geld genereert is het twijfelachtig of er *ex ante* 'willingness to pay' van het slachtoffer bestaat. De te betalen premie zou dan nu immers tot vermogensverlies leiden voor een immateriële schade die op zichzelf geen extra vraag naar geld genereert. Dat is de reden waarom op de markt geen first party insurance voor immateriële schade beschikbaar was. Men realiseert zich blijkbaar dat wanneer men tengevolge van het realiseren van een risico immateriële schade zou leiden, zulks niet kan worden weggenomen door extra geld zodat het

³⁷ Daarover M. Adams, 'Warum kein Ersatz von nicht Vermögensschäden', in C. Ott & H.B. Schäfer (red.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin, Springer 1989, 210-217; Kritischer zijn S. Croly & J. Hanson, 'The Non-pecuniary Costs of Accidents: Pain- and -suffering Damages in Tort Law', *Harvard Law Review* 1995, 1785-1917.

ook geen zin heeft om daarvoor zelf een verzekering af te sluiten. Een tegenargument zou kunnen zijn dat, precies omdat de grens tussen materiële en immateriële schade vloeiend is, een slachtoffer *ex ante* zekerheid zou willen hebben dat hij na een ongeval extra financiële middelen zal hebben om zijn immateriële schade te verzachten. Dan gaat het dus wederom om middelen ter vergoeding van extra materiële kosten. Het is uiteraard wel mogelijk om een ongevals-sommen-verzekering af te sluiten; de penningen daarvan kunnen uiteraard ook worden aangewend ter verzachting van moreel leed. Voor immateriële schade *an sich* kan echter, uitzondering daargelaten,³⁸ in een first party-verzekering klaarblijkelijk geen separate dekking worden verkregen.

Niet alleen treft men doorgaans geen first party-verzekering voor immateriële schade aan; de vraag kan zelfs worden gesteld of niet-vermogensschade op basis van een first party-verzekering als zodanig verzekeraar zou zijn. Het probleem is immers dat niet-vermogensschade subjectief verschillend per individu is, zodat een *ex ante* risicodifferentiatie zeer moeilijk is, precies wegens deze subjectiviteit. Verschillende mensen reageren immers verschillend op leed. Dit brengt uiteraard ook een moreel risico met zich mee aangaande de vraag hoe de vergoeding dient te worden beraamd wanneer het risico zich zou hebben voorgedaan. Dit laatste kan ten dele worden opgevangen door een standaardisering van de bedragen die zouden worden uitgekeerd, maar in dat geval is de vergoeding weer niet aangepast aan het individuele slachtoffer en dus niet integraal. Wanneer een potentieel slachtoffer *ex ante* vreest meer dan anderen immateriële schade te zullen lijden na een ongeval, zou hij dit – ten dele – kunnen opvangen door een ongevals-verzekering, die hij dan *ex post* kan aanwenden ter vergoeding van zijn (hoge) immateriële schade. Een differentiatie via vrijwillig af te sluiten ongevalsverzekeringen kan dan de verschillende vraag van onderscheiden individuen naar verzekeringsbescherming reflecteren, zonder dat alle slachtoffers gedwongen zouden worden premie te betalen voor een ongevallenverzekering ook als zij daar geen vraag toe hebben.

Precies dit feit, dat de immateriële schade per slachtoffer verschillend zal zijn brengt mee dat een algemene verzekeringsplicht negatieve effecten zou hebben omdat velen dan gedwongen zouden worden tot het aanschaffen van een dergelijke ongevallenverzekering, terwijl zij geen hoge verwachte schade hebben en derhalve ook geen vraag naar verzekering.

Wanneer dan toch, bijvoorbeeld via wettelijk ingrijpen, een verzekeringsplicht zou worden ingevoerd voor alle potentiële slachtoffers, bijvoorbeeld om een ongevallenverzekering naar Frans model te nemen, waarbij ook smartengeld integraal wordt gedekt, zou dit niet alleen tot inefficiënties leiden, maar bovendien ook tot een negatieve herverdeling. Het gevolg zou immers zijn dat alle slachtoffers een relatief hoge premie dienen te betalen waar slechts degenen die een hoge verwachte schade hebben relatief gezien het meeste van profiteren. Juist zij die subjectief zware schade verwachten zouden *ex ante* bereid zijn om hiervoor de

³⁸ Zo kennen bijvoorbeeld sommige varianten van de schadeverzekering voor inzittenden (de zogenaamde SVI) ook een smartengeldcomponent.

relatief hoge premie te betalen. Die negatieve herverdeling kan worden vermeden door potentiële slachtoffers zelf een first party verzekering te laten afsluiten waarbij zij, rekening houdende met de eigen behoefte en hun eigen vraag naar bescherming, een verzekering op maat kunnen krijgen.

Samenvattend: first party insurance (in de vorm van ongevallenverzekering) lijkt zeker nuttig en wenselijk. Omdat echter de vraag naar verzekering van potentiële slachtoffers verschillend zal zijn kan een regulerend ingrijpen waarbij de overheid een verzekeringsplicht zou instellen en de voorwaarden voor verzekering zou bepalen alleen maar negatieve consequenties hebben. Een dergelijk ingrijpen zou tot inefficiënties leiden (omdat sommigen worden gedwongen verzekeringsdekking te nemen ook als zij daartoe geen vraag hebben) en zeker tot een negatieve herverdeling (omdat allen gedwongen zouden worden een dergelijke ongevallenverzekering te nemen, terwijl ze slechts, althans voornamelijk tot voordeel strekt van hen met een hoge verwachte schade). First party verzekering lijkt dus een adequaat antwoord op nieuwe gezondheidsrisico's, maar steeds onder het motto 'vrijheid, blijheid'.

Als conclusie van een onderzoek naar de verzekering van nieuwe gezondheidsrisico's lijkt een dergelijk besluit, dat erop neerkomt dat de overheid niets zou moeten doen en het vooral aan de markt zou moeten overlaten of men dergelijke ongevallenverzekeringen aanbiedt, wellicht onbevredigend. Uiteraard kan op beleidsniveau wel degelijk iets worden gedaan om te stimuleren dat dergelijke efficiënte verzekeringen ook worden aangeboden. Faciliterend optreden van de overheid ter zake is zeker mogelijk.

8.2. Concurrentiebeleid noodzakelijk!

Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan het concurrentiebeleid. Soms worden concurrentiebeperkende afspraken tussen verzekeraars gesloten die inhouden dat bepaalde risico's niet zullen worden gedekt. Dit heeft bijvoorbeeld geleid tot de facto onverzekerbaarheid van de gevolgen van natuurrampen, hoewel vanuit verzekeringseconomisch perspectief van een onverzekerbaarheid zeker geen sprake was.³⁹ Die zogenaamde bindende besluiten om bepaalde risico's niet te dekken zijn dan ook terecht gesneuveld in het licht van het Europese mededingingsrecht. Dit toont eens te meer aan dat een effectief concurrentiebeleid, ook op de Nederlandse verzekeringsmarkt, van groot belang is om te garanderen dat efficiënte verzekerings-polissen inderdaad kunnen worden aangeboden. De mededingingsautoriteiten dienen er steeds over te waken dat nog steeds een voldoende gevarieerd verzekeringsaanbod op de markt beschikbaar is, ook voor de dekking van de nieuwe gezondheidsrisico's. Het feit dat op dit moment in Nederland bijvoorbeeld voor beroepsziekten geen loss occurrence-dekking meer

³⁹ Daarover M. Faure & T. Hartlief, 'Schade als gevolg van natuurverschijnselen: de betekenis van de WTS', *M&R* 2001, 240-246. En zie ook M. Faure, 'Vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief', in P. Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen, Intersentia 2000, 107-126.

verkregen kan worden, uitsluitend nog claims-made dekking geeft te denken dat hier, hoewel op papier volledige vrijheid bestaat om van het algemeen polismodel dat het verbond heeft geïntroduceerd af te wijken, toch sprake is van een feitelijk afgestemde gedrag door verzekeraars. Uit deze voorbeelden blijkt dat, wil men een gevarieerd en gedifferentieerd verzekeringsaanbod blijven garanderen ter dekking van de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's, dan is in ieder geval ook een actief mededingingstoezicht op de verzekeringsmarkt noodzakelijk.

8.3. *Informatiepolitiek*

In de tweede plaats dient er rekening mee te worden gehouden dat burgers vermoedelijk onbekend zijn met de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's, met de mogelijke schade of consequenties die deze voor hen zouden kunnen hebben.⁴⁰ Een informatiegebrek is reëel. Dergelijke informatiegebreken kunnen op zichzelf een reden kunnen zijn voor de invoering van een verzekeringsplicht wanneer risico-averse personen onvoldoende de voordelen van verzekering inschatten. Verplichte verzekering lijkt hier, zoals werd aangestipt, geen adequate remedie omdat voordelen van first party de ongevalverzekering niet in dezelfde mate voor alle potentiële slachtoffers gelden. Bovendien kunnen ook andere instrumenten ook worden ingezet ter bestrijding van die informatietekorten. Zo zou men kunnen denken aan een actief beleid van de overheid gericht op het informeren van de burger over de mogelijke gevolgen van nieuwe risico's. Tegelijkertijd zou de burger ook kunnen worden geïnformeerd over het feit dat vanuit de sociale zekerheid of andere gebruikelijke verzekeringen op dit moment slechts een beperkte dekking wordt geboden, opdat burgers dan vervolgens zelf goed geïnformeerd de afweging kunnen maken of een aanvullende ongevalverzekering voor hen persoonlijk nutsverhogend zou werken. Een actief informatiebeleid ter zake van de overheid lijkt dus op zijn plaats om de burger weloverwogen keuzes te laten maken.

9. **Resultaat: een combinatie van juridische instrumenten**

In deze bijdrage zijn verschillende financieringsmodellen bestudeerd. Gewezen werd op het feit dat het aansprakelijkheidsrecht zijn belang blijft behouden als sturingsinstrument en, waar een tekortkoming van de dader bestond, ook daadwerkelijk moet worden toegepast. Bij bepaalde schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's zal een dader ontbreken (rampen) of kunnen de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet worden toegepast. Bovendien heeft Nederland, getuige de hervorming van de AVB, klaarblijkelijk ook een mini-aansprakelijkheidsverzekeringscrisis gekend.⁴¹ Ondanks de hervorming van de

⁴⁰ Zie daarover ook T. Hartlief, *o.c.*, 2002, 61-103.

⁴¹ Zie betreffend beroepsaansprakelijkheid C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, van droomcarrière naar nachtmerrie', *AA* 1995, 13-25 en, wat medische aansprakelijkheid betreft, W.G. Verkruijsen, 'De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voor geschiedenis en het te verwachten gevolg', *NJB* 1997, 846-853.

AVB blijft de aandacht uitgaan naar alternatieven voor aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering. Het schadefonds is vermoedelijk geen adequaat alternatief omdat de problemen van aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering ook bij fondsoptlossingen zullen rijzen.⁴² De ervaringen met de WTS tonen ook aan dat onvoldoende aandacht is uitgegaan naar de verzekeringsmogelijkheden.

Wel blijkt dat de directe verzekering, waarover verzekeraars in Nederland op dit moment enthousiast lijken te zijn, wellicht mogelijkheden biedt voor vergoeding van schade bij bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's waarbij dan in het bijzonder aan de arbeidsgelateerde risico's dient te worden gedacht. Het is daarom interessant de aandacht te laten uitgaan naar de optie van een gemengd stelsel van directe verzekering in combinatie met aansprakelijkheidsrecht.⁴³

In de huidige voorstellen van verzekeraars zou het model van directe verzekering vervangend moeten zijn voor het aansprakelijkheidsrecht. Dan rijst echter de vraag waar de prikkels tot preventie vandaan komen. Bij totale afschaffing van bijvoorbeeld werkgeversaansprakelijkheid zou afgezien van de prikkels die verzekeraars zelf (repressief en belonend) kunnen geven, op de preventieve werking van regulering zoals de arbeidsomstandighedenwetgeving vertrouwd. Men zou ook – en dat heeft onze voorkeur – kunnen denken aan een systeem van directe verzekering dat bestaat naast het aansprakelijkheidsrecht. Het ligt dan voor de hand ter voorkoming van minder efficiënte cumulatie van stelsels dat de rol van het aansprakelijkheidsrecht beperkt is, bijvoorbeeld tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werkgever. De meerwaarde voor de gelaedeerde is dan dat hij via het aansprakelijkheidsrecht dat deel van de schade vergoed krijgt dat niet via de directe verzekering wordt vergoed. Voor de potentiële dader is aan dit gemengde stelsel uiteraard het nadeel verbonden dat hij zowel een aansprakelijkheidsverzekering (voor zover deze beschikbaar is)⁴⁴ als een directe verzekering ten behoeve van zijn slachtoffers dient af te sluiten.

Uiteraard zijn er ook andere gemengde stelsels mogelijk. Het is bijvoorbeeld best mogelijk dat wordt gewerkt met een beperkte (of uitgebreidere) sociale zekerheid, in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht, gesteund door een voorschot- of waarborgfonds, en een directe verzekering ten behoeve van slachtoffers. In dergelijke gevallen wordt het evenwel belangrijk aan te geven welke functies de onderscheiden systemen (separaat en in onderlinge combinatie) dienen te vervullen, opdat inefficiënte cumulaties worden vermeden.

⁴² Daarover M. Faure & T. Hartlief, 'Compensation Funds versus Liability and Insurance for Remedy and Environmental Damage', *Review of European Community and International Environmental Law* 1996, 321-326.

⁴³ Zie daarover M. Faure & T. Hartlief, o.c., in M. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag, Boom 2001, 77-107.

⁴⁴ Een aansprakelijkheidsverzekering die zich beperkt tot de gevallen van opzet en bewuste roekeloosheid zal niet beschikbaar zijn. Zie over de verzekerbaarheid van opzet in het algemeen J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink 1998.

Slotom is dus dat elk systeem voor- en nadelen heeft en dat men derhalve het beste op optimale wijze gebruik kan maken van verschillende instrumenten ter garantie van een optimale preventie en compensatie van nieuwe gezondheidsrisico's. De combinatie die ons daarbij voor ogen staat is het optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht, aangevuld door regulering met eventueel aanvullend directe verzekering of first party verzekering. Voor compensatiefondsen ter vervanging van aansprakelijkheid en verzekering is dan geen plaats. Uiteraard staat het de 'politiek' vrij fondstoplossingen te introduceren voor bepaalde slachtoffers, doch dergelijke oplossingen verdragen zich al snel slecht met het gelijkheidsbeginsel. Waarom de ene groep wel bescherming verdient en de andere niet, is veelal moeilijk te bepalen.

10. Aanbevelingen

Samenvattend kunnen de volgende aanbevelingen op beleidsmatig vlak worden geformuleerd:

1. Het aansprakelijkheidsrecht behouden en optimaliseren; dat wil zeggen:
 - aansprakelijkheid uitsluitend inzetten als reactie op een tekortkoming van de schadeveroorzaker en alleen waar de schadeveroorzaker invloed op het ongevalsrisico kon hebben;
 - rekening houden met de eigen schuld van het slachtoffer, dat wil zeggen, dat de aanspraak op schadeloosstelling in beginsel dient te worden gereduceerd in de mate dat het slachtoffer aan de totstandkoming van het ongeval heeft bijgedragen;
 - vermijden van retroactieve aansprakelijkheid;
 - geen ondoordachte afwenteling van causaliteitsonzekerheid op de dader.
2. In sommige gevallen moge dit leiden tot een inperking van de reikwijdte van het huidige aansprakelijkheidsrecht; in andere gevallen kan juist een intensivering worden verwacht van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Dat zulks dan vervolgens wordt geduid als een ontwikkeling in de richting van een 'claimcultuur' dient op zichzelf niet als problematisch te worden gekwalificeerd.
3. Naast het aansprakelijkheidsrecht dient ook regulering waar nodig te worden ingezet ter preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij dient de veiligheidsregulering pro-actief en dynamisch te zijn. Dat wil zeggen dat de regulering niet slechts tot stand dient te komen nadat bekende risico's ook tot schade hebben geleden. Bovendien dient de regulering dynamisch te zijn in plaats van statisch. Dit betekent dat in de mate van het mogelijke veiligheidsregulering soepel en snel dient te worden aangepast aan nieuwe inzichten betreffende de gezondheidsrisico's en de technische inzichten omtrent de preventieve maatregelen om die risico's te beperken.

4. Waar mogelijk kan de aansprakelijke dader uiteraard ook in de toekomst nog steeds verzekeringsdekking zoeken voor zijn aansprakelijkheid; teneinde het gebruik van aansprakelijkheidsverzekering te optimaliseren (dat wil zeggen de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid te bevorderen):
 - dient de aansprakelijkheid zo te worden ingericht dat de objectieve voorwaarden voor verzekeraarbaarheid optimaal zijn (geen retroactiviteit en geen ondoordachte afwenteling van causaliteitsonzekerheid) en
 - dienen verzekeraars ook een actief informatiebeleid te voeren (kennis verwerven over de nieuwe risico's en de daaraan gekoppelde preventieve maatregelen) om vervolgens op optimale wijze risicodifferentiatie toe te passen.
5. Daarnaast lijken nieuwe instrumenten zoals directe verzekering en first party insurance interessante mogelijkheden op te leveren om aanvullende compensatie te kunnen bieden aan potentiële slachtoffers van nieuwe risico's. Op beleidsmatig vlak dient de overheid – behalve dan op het punt van de directe verzekering bij beroepsziekten – een dergelijke verzekering niet verplicht te stellen, opdat inefficiënties en een negatieve herverdeling zoveel mogelijk worden voorkomen.

In ieder geval dient de overheid faciliterend op te treden op een zodanige wijze dat op concurrentieel verzekeringsmarkten goed geïnformeerde burgers first party verzekeringspolissen kunnen aanschaffen die bij hun individuele risicohouding passen. In concreto dient de overheid derhalve:

 - een actief concurrentiebeleid te voeren zodanig dat verzekeraars gestimuleerd worden een rijk, gevarieerd en gedifferentieerd verzekeringspakket aan te bieden op de markt;
 - een actieve informatiebeleid te voeren in de richting van burgers teneinde hen te informeren over de mogelijke gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's en de mate waarin deze al dan niet door de sociale zekerheid of andere gebruikelijke verzekeringen worden gedekt.
6. Gebruik van andere instrumenten, zoals publieke compensatiefondsen dient niet te worden gestimuleerd om verschillende redenen :
 - onduidelijk is waarom vanuit algemene middelen bepaalde slachtoffers een bijzondere bescherming zouden moeten krijgen en anderen niet; dergelijke instrumenten waarbij de overheid tussenkomt als er grote groepen slachtoffers zijn, zijn vanuit politieke overwegingen verklaarbaar maar verdragen zich slecht met het gelijkheidsbeginsel;
 - bovendien zijn compensatiefondsen doorgaans niet in staat om de problemen die rijzen bij aansprakelijkheid en verzekering adequaat op te lossen;
 - wel kan eventueel een compensatiefonds faciliterend optreden, zoals bijvoorbeeld bij het Instituut voor Asbestslachtoffers. Dan gaat het echter niet om een echt compensatiefonds dat in de plaats treedt van het aansprakelijkheidsrecht, doch veeleer om een mechanisme dat de aansprakelijkheidsclaims van slachtoffers begeleidt en faciliteert.

7. Ten dele zijn de problemen met betrekking tot de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's uitsluitend ontstaan, niet zozeer omdat er nu veel nieuwe gezondheidsrisico's opduiken, maar wel omdat de gevolgen daarvan niet meer, zoals vroeger, in belangrijke mate vanuit de sociale zekerheid worden gefinancierd. De voor de hand liggende oplossing is dan ook om de afkalving van de sociale zekerheid ongedaan te maken teneinde slachtoffers weer vanuit de sociale zekerheid een behoorlijk minimumniveau te garanderen (zowel vergoeding van ziektekosten als inkomensbehoud). In dat model dient alleen voor de top van het inkomen en het smartengeld op het luxe systeem van het aansprakelijkheidsrecht een beroep te worden gedaan. In de huidige tijd van marktwerking en deregulering is een dergelijk pleidooi weinig kansrijk. Het alternatief van de directe verzekering of first party insurance lijkt dan aantrekkelijk; in de kern gaat het daar om een door de markt gefinancierde aanvullende sociale zekerheid.
8. In veel gevallen zal een combinatie van (vergoedings)systemen het eindresultaat zijn. Het is van belang bij de zoektocht naar de juiste combinatie aandacht te besteden aan aspecten als kosten en preventie.